

# **BAB I**

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Penelitian dalam tesis ini merupakan penelitian dalam aras teori hukum. Tampak dari judulnya yaitu Doktrin sebagai Sumber Hukum, secara konseptual akan diulas mengenai doktrin sebagai sumber hukum. Sebagai kajian di aras teori hukum maka pembahasan penelitian tesis ini akan lebih difokuskan pada pandangan atau pendapat sarjana (*scholar's view*) tentang doktrin sebagai sumber hukum. Dalam penelitian ini penulis mendukung pendapat bahwa penggunaan doktrin sebagai sumber hukum yang digunakan hakim dalam memutus kasus/perkara adalah sah menurut hukum. Makna sah menurut hukum di sini tidak lepas dari makna hukum itu sendiri yaitu sebagai *ius*<sup>1</sup>.

Seperti yang diketahui dalam kalangan intelektual hukum begitu pula dalam literatur hukum, doktrin merupakan salah satu sumber hukum yang digunakan hakim untuk memutus. Membahas mengenai sumber hukum, seperti halnya yang diungkapkan Paton sebagaimana dikutip Soemardi<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Titon Slamet Kurnia, *Pengantar Sistem Hukum Indonesia*, Penerbit P.T Alumni, Bandung, 2009, h.3-10. Hukum sebagai suatu yang ideal, nilai, dan tentang keharusan (norma/kaidah). Hukum sebagai suatu keharusan adalah keharusan yang bertujuan.

<sup>2</sup> Dedi Soemardi, *Sumber-sumber Hukum Positif*, Penerbit Alumni, Bandung, 1986, h. 1-2.

bahwa “*the term sources of law has meanings and is frequent cause of error unless we scrutinize carefully the particular meaning given to it in any particular text*”. Berangkat dari ungkapan Paton demikian, bisa terlihat akan pentingnya memahami sumber hukum. Bahkan dikatakan tidak jarang terjadi kekeliruan dalam pemaknaan sumber hukum. Oleh karena itu, perlu pemahaman yang cermat dalam melihat konsepsi sumber hukum. Sumber (-sumber) hukum dapat diartikan sebagai bahan-bahan yang digunakan sebagai dasar oleh pengadilan dalam memutus perkara.<sup>3</sup> Hakim dalam memutus suatu perkara tertentu harus memperhatikan sumber hukum sebagai dasar pijakannya. Betapa pentingnya peran hakim mengingat *judge-made-law* yang memungkinkan hakim untuk membuat hukum.<sup>4</sup> Oleh karenanya, hakim dengan kebebasannya membuat hukum. Namun kebebasan itu bukan tanpa batas. Dalam independensi dan kemandirian hakim pada hakikatnya diikat oleh rambu-rambu tertentu berupa tanggung jawab, moral, dan suara hatinya sendiri.<sup>5</sup> Dalam artian bentuk sumber hukum yang lebih sempit (bagian dari sumber hukum formal), diklasifikasikan atas *statue* (undang-undang), *custom*

---

<sup>3</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum (edisi revisi)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, h.255.

<sup>4</sup> Richard Chisholm, *Understanding Law 4th Edition*, Butterworths, Australia, 1992. Lihat secara umum Bab mengenai *Where Law Comes From: Case Law*, khususnya halaman 45 bahwa sebuah sistem di mana “*the law*” aplikasinya adalah murni tugas mekanikal merupakan kemustahilan.

<sup>5</sup> Ahmad Kamil, *Filsafat Kebebasan Hakim*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012, h.172.

(kebiasaan), putusan hakim (yurisprudensi), *treaty* (traktat), dan doktrin.<sup>6</sup> Selain sumber-sumber hukum yang telah disebutkan, ukuran hakim dalam memutus melalui pertimbangannya, juga harus memperhatikan *universal principles of justice* dan realitas sosial.<sup>7</sup>

Berbicara mengenai pentingnya sumber hukum manakala digunakan hakim untuk memutus, bahasan ini secara khusus mengulas tentang doktrin. Membahas mengenai doktrin, ada baiknya diterangkan istilah maupun pengertian dari doktrin itu sendiri. Kata lain dari doktrin—doktrin hukum—sebagaimana diungkapkan oleh Peczenik ialah *scientia iuris*, *Rechtswissenschaft*, *Rechtsdogmatik*, “*doctrine of law*,” *legal dogmatics*.<sup>8</sup> Pada intinya, istilah-istilah ini merujuk pada doktrin sebagai hasil atau produk kajian dari yuris. Dalam bukunya Peter M. Marzuki dikatakan bahwa hasil atau produk kajian yuris tersebut ada pada tulisan-tulisan hukum (*treatises*).<sup>9</sup> Dalam arti materi, doktrin merupakan ajaran (*teachings*). Nampak dari pandangan Ishaq bahwa doktrin merupakan suatu ajaran dari seorang ahli hukum. Bahwa doktrin merupakan suatu ajaran, menurutnya

---

<sup>6</sup> C. S. T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum*, Balai Pustaka, Jakarta, 2002, h.19.

<sup>7</sup> H. M. Fauzan, *Kaidah Penemuan Hukum Yurisprudensi Bidang Hukum Perdata*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2014, h.7.

<sup>8</sup> Aleksander Peczenik, *Ratio Juris. Vol. 14 No. 1, A Theory of Legal Doctrine*, Ebsco Publishing, 2003, h.75.

<sup>9</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2014, h.197.

doktrin besar pengaruhnya terhadap hakim karena di dalamnya ialah tempat hakim dapat menemukan hukum.<sup>10</sup> Dari sumber lain, yang mana diartikan juga sebagai prinsip, *Black's Law Dictionary* memberi pengertian, *doctrine*: “1. A principle, esp. a legal principle, that is widely adhered to.”<sup>11</sup> Sehubungan dengan pengertian-pengertian ini apakah itu ajaran atau prinsip, doktrin tetap dalam pemaknaan yang sama yaitu—dalam pemaknaan luas—sebagai ‘hukum’ yang pada praktiknya digunakan oleh hakim sumber untuk memutus.

Melihat dari pemaknaan doktrin di atas tersebut, yang ingin dipertahankan Penulis ialah bahwa doktrin yang merupakan produk dari ilmu hukum. Doktrin bisa ditemukan dalam berbagai karya tulis akademik, baik itu dari sisi ilmu hukum maupun nonhukum. Semua karya akademik itu memiliki pengaruh yang kuat terhadap pengadilan walaupun posisinya sekunder. Oleh karena posisinya yang sekunder doktrin tidak menetapkan hukum secara langsung tetapi mengklarifikasi ketentuan hukum. Doktrin yang merupakan produk dari ilmu hukum itu ialah *scientia juris*, bahwa doktrin yang dibangun berdasarkan ilmu hukum. Ketika berbicara mengenai ilmu hukum maka sudah tentu menjadi bagian integral di dalamnya termasuk

---

<sup>10</sup> Ishaq, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, h.112.

<sup>11</sup> Black's Law Dictionary 8th edition, Bryan A. Garner (editor in chief), 2004, h.1457.

juga prinsip-prinsip (*rules; principles*). Oleh karena itu, pemaknaan doktrin yang dimaksudkan bukan hanya sebatas pada ajaran-ajaran (*teachings*), tetapi ajaran-ajaran yang dibangun berdasarkan ilmu hukum yang didalamnya termasuk prinsip-prinsip.

Kaitannya doktrin sebagai sumber hukum, dibandingkan dengan sumber hukum lain, doktrin merupakan *secondary authority*.<sup>12</sup> Doktrin hanya bersifat persuasif. Artinya hakim tidak terikat pada doktrin ketika memutus. Akan tetapi, suatu yang sah-sah saja manakala hakim menggunakan doktrin dalam putusannya (baca: *rule of recognition*). Berdasarkan *rule of recognition* tersebut di mana hakim dengan kebebasannya berhak untuk menggunakan doktrin memunculkan suatu arena diskusi yang menurut Penulis menarik untuk diteliti. Menarik ketika dibalik kebebasan hakim itu doktrin hanya memiliki sifat persuasif.

Suatu hal yang tak kalah pentingnya bahwa dibalik sifat doktrin sebagai sumber hukum yang tidak mengikat, doktrin memiliki wibawa karena bersifat objektif dan mendapat dukungan para sarjana hukum.<sup>13</sup> Meskipun dalam pemikiran lain seperti diketahui dalam sejarah, pernah dikenal dengan adanya pendapat umum bahwa orang tidak boleh

---

<sup>12</sup> Titon Slamet Kurnia, *Pengantar Sistem Hukum Indonesia, Op.Cit*, h.144. Pada buku ini diterangkan mengenai Buku Hukum yang mana secara materiil merupakan doktrin.

<sup>13</sup> Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, h.179.

menyimpang dari *communis opinio doctorum* (pendapat umum para sarjana). Artinya bahwa, dengan orang tidak boleh menyimpang dari pendapat umum sarjana itu, maka doktrin mempunyai kekuatan mengikat.<sup>14</sup> Apabila sumber hukum lain yang mengikat tidak dapat memberikan semua jawaban maka hukum dicari dalam doktrin.<sup>15</sup> Itu semua ketika kedudukan doktrin sebagai sumber hukum yang notabene tidak mengikat. Dalam situasi yang lain doktrin memiliki kekuatan mengikat. Kekuatan mengikat doktrin timbul ketika menjelma menjadi putusan pengadilan. Dengan demikian, dengan kata lain bukan hanya kewibawaan semata tetapi keterikatan itu ada ketika doktrin telah ada dalam putusan. Doktrin dikatakan hukum ketika telah menjelma menjadi putusan.

Analogi lebih jelas bahwa doktrin dalam putusan pengadilan merupakan hukum ialah pada eksistensi hukum adat. Ter Haar menjelaskan bahwa dapat dikatakan hukum adat bilamana telah diputuskan oleh badan atau pejabat yang berwenang atas suatu perkara atau sengketa.<sup>16</sup> Sama halnya dengan doktrin yang mana harus dalam putusan baru bisa dikatakan hukum, demikian pula hukum adat baru bisa dikatakan 'hukum adat' ketika

---

<sup>14</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2010, h.151

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Ter Haar, diterjemahkan oleh Soebakti Poesponoto, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat*, Pradnja Paramita, Jakarta, 1960, h.235.

sudah dalam putusan badan atau pejabat yang berwenang. Lepas dari kekuatan mengikat tersebut, hal yang penting ialah ketika hakim membentuk hukum adat itu sendiri dari mana *authority* diperolehnya. Berbicara hukum adat, *authority* sebagai acuan untuk memecahkan isu hukum (*legal problem solving*) tidak lain adalah *the living law* dari masyarakat adat itu sendiri.<sup>17</sup> *The living law* tersebut kebanyakan tidak ditemukan dalam bentuk yang tertulis, sehingga bisa dikatakan akan sulit pula ditemukan dalam hukum positif. Begitu pula dengan doktrin yang bukan sumber hukum lainnya—sumber hukum mengikat—tidak termasuk dalam hukum positif. Sebagaimana mengingat fungsinya—doktrin—untuk menjawab isu-isu yang tak bisa dijawab hukum positif.

Berbicara mengenai pentingnya doktrin dalam sumber hukum, Kusumaatmadja dan Sidharta mengemukakan bahwa doktrin merupakan sumber tambahan.<sup>18</sup> Namun demikian, meskipun dikatakan sumber tambahan menurut mereka doktrin memiliki peranan yang cukup penting. Salah satunya ialah membantu untuk mencari atau menetapkan mana di

---

<sup>17</sup> Titon Slamet Kurnia, *et al*, *Pendidikan Hukum, Ilmu Hukum & Penelitian Hukum Sebuah Reorientasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2013, h.174.

<sup>18</sup> Mochtar Kusumaatmadja; Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum*, Penerbit Alumni, Bandung, 2000, h.72.



antara kebiasaan<sup>19</sup> itu yang sudah menjadi kaidah terutama yang belum terungkap dalam yurisprudensi. Dari sudut pandang lain, hal senada dikemukakan oleh Ishaq terkait dengan doktrin yang mempunyai kedudukan yang penting dalam hukum internasional. Dalam hukum internasional doktrin diakui sebagai sumber hukum.<sup>20</sup> Hal ini dapat dilihat pada Pasal 38 ayat (1) Piagam Mahkamah Internasional (*Statute of the International Court of Justice*) yang mengatakan bahwa dalam mengadili perkara-perkara yang diajukan kepadanya, Mahkamah Internasional akan menggunakan 1) perjanjian-perjanjian internasional (*international convention*); 2) kebiasaan-kebiasaan internasional (*international custom*); 3) prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab (*the general principles of law recognized by civilized nations*); 4) keputusan pengadilan (*judicial decisions*); dan 5) ajaran sarjana yang paling terkemuka dari berbagai negara sebagai sumber tambahan bagi menetapkan kaedah hukum (*the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law*). Masih dalam hubungannya dengan hukum internasional, van Hoof mengulas tentang fenomena prinsip-

---

<sup>19</sup> *Ibid*, h.71. Disinggung mengenai kebiasaan sebab fenomena hukum kebiasaan itu seringkali tidak nampak bagi masyarakat. Fenomena kebiasaan yang sudah menjadi hukum mungkin diketahui oleh kalangan terbatas yang berkecimpung di bidang bersangkutan sehingga dibutuhkan pendapat sarjana hukum untuk memperjelas bahkan mengeksplornya lebih dalam.

<sup>20</sup> Ishaq, *Dasar-dasar Ilmu Hukum, Op.Cit*, h.113-114.



prinsip hukum umum bahwa jika kita mengabaikan doktrin maka gambaran yang muncul adalah berupa kesimpangsiuran.<sup>21</sup> Perlu juga untuk ditelaah bahwa dalam hukum internasional terdapat suatu kesepakatan luas bahwa selain *usus*, *opinio juris* merupakan unsur kebiasaan internasional yang diperlukan.<sup>22</sup>

Poin penting yang bisa diambil dari ulasan demikian ialah berkaitan dengan bagaimana sebenarnya arti pentingnya doktrin sebagai sumber hukum. Suatu hal yang perlu diakui bahwa dalam hukum positif tidak semua jawaban untuk penyelesaian semua masalah dapat ditemukan di situ. Oleh sebab itulah doktrin diperlukan untuk mengisi kekosongan-kekosongan tersebut dalam rangka menemukan jawaban (*legal problem solving*).

Sehubungan dengan itu Penulis mengambil salah satu contoh kasus hukum perdata internasional yang menunjukkan *ratio decidendi* hakim menggunakan doktrin sebagai sumber hukum. Walaupun memang pembahasan doktrin sebagai sumber hukum yang digunakan hakim terdapat juga dalam contoh kasus yang lain. Pada kesempatan ini Penulis mengambil salah satu contoh dari bidang hukum perdata internasional. Kasus yang

---

<sup>21</sup> G. J. H. Van Hoof, alih bahasa: Hata, *Pemikiran Kembali Sumber-sumber Hukum Internasional (Rethinking the Sources of International Law)*, Penerbit P.T Alumni, Bandung, 2000, h. 268.

<sup>22</sup> *Ibid*, h.176.

dimaksud merupakan putusan oleh *Court Of Appeal Singapore*, Kartika Ratna Thahir melawan PT Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara (Pertamina) Suit No: CA 204/ 1992.<sup>23</sup> Posisi kasusnya adalah sebagai berikut.

Haji Achmad Thahir atau yang lebih dikenal dengan H. Thahir adalah nama yang cukup populer di tahun 1975-an. Di masa kepresidenan Soeharto, H. Thahir menjabat sebagai Asisten Umum Direktur Utama Pertamina yang saat bersamaan Pertamina dipimpin oleh Ibnu Sutowo. Sepeninggal H. Thahir pada tanggal 23 Juli 1976, menimbulkan kontroversial di dunia hukum, sebab ternyata H. Thahir memiliki simpanan rekening di Bank Sumitomo Singapura bernilai 153 milyar rupiah.

Kartika yang merupakan istri keempat dari H. Thahir mengakui bahwa harta simpanan di Bank Sumitomo tersebut adalah harta bersama dengan H. Thahir (*joint account*). Namun, sebelum Kartika datang, ternyata Ibrahim Thahir bersama empat saudaranya yang merupakan anak H. Thahir dari istri pertamanya sudah lebih dahulu meminta uang tersebut diblokir. Hal ini memang belum cukup menampakkan adanya kepastian, sebab pada 6 Nopember 1975, lebih dari setahun setelah pembukaan rekening, H. Thahir meminta pihak Bank Sumitomo mentransfer semua rekeningnya ke dalam rekening bersama (*and/or*) Thahir-Kartika. Dan pada 11 Nopember 1975, Sumitomo meminta rekonfirmasi perihal transfer tersebut, hingga pada 23 Juli 1976 H. Thahir meninggal dunia dan tidak pernah memberikan jawaban atas rekonfirmasi dari Bank Sumitomo.

Belakangan, dua saudara tiri Ibrahim Thahir dari istri kedua ayahnya ikut bergabung dengan Ibrahim Thahir. Karena ketidakjelasan siapa yang berhak atas simpanan uang tersebut, Bank Sumitomo melimpahkan permasalahan itu ke Pengadilan Tinggi Singapura untuk

---

<sup>23</sup> Singapore Academy of Law, 2011, <http://www.singaporelaw.sg/>

menentukan kepada siapa ia akan memberikan uang itu apakah kepada Kartika atau anak tiri dari H. Thahir.

Di sisi lain, Pemerintah Indonesia (Pertamina) tidak tinggal diam menyikapi kasus ini, sebab diduga harta simpanan tersebut adalah hasil korupsi H. Thahir yang berasal dari Komisi perusahaan-perusahaan kontraktor yang tidak disetor ke dalam keuangan Pertamina. Perusahaan-perusahaan tersebut yaitu Siemens, Klockner, dan Ferrothal. Akhirnya, Indonesia membentuk tim yang diketuai oleh L.B. Moerdani yang beranggotakan Letnan Kolonel Teddy Rusdy, Soehadibroto (Kejaksaan Agung), Dicky Turner (Pertamina) dan Albert Hasibuan (pengacara). Tim ini bertugas mengembalikan uang hasil korupsi tersebut kembali ke negara.

Kasus ini diselesaikan melalui Pengadilan Tinggi Singapura, meskipun sesungguhnya masing-masing pihak yang bersengketa adalah warga negara Indonesia, namun objek sengketa berada di Singapura. Dan Singapura tentu paling tidak memiliki kepentingan atas kasus ini. Penyelesaian kasus ini berkaitan dengan ada atau tidaknya *choice of forum* dan *choice of law*.

Selain itu, penyelesaian sengketa ini juga berkaitan dengan *choice of law* atau pilihan hukum. *Choice of law* menentukan hukum manakah yang harus diberlakukan untuk mengatur atau menyelesaikan persoalan-persoalan yuridis yang mengandung unsur asing. Pada kasus ini unsur asing tersebut adalah Indonesia dari sisi pihak penyimpan dana (Thahir), anak-anak Thahir, dan Pemerintah Indonesia yaitu dalam hal ini Pertamina.

Hingga pada akhirnya, setelah 16 tahun perkara ini berlangsung, pada 3 Desember 1992, Hakim Pengadilan Tinggi Singapura Lai Kew Chai memutuskan bahwa Pertamina berhak atas uang deposito H. Thahir yang jumlahnya sekitar 78 juta dollar yang berkembang dari 35 juta dollar di tahun 1976<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> <http://arsyadshawir.blogspot.com/2013/03/penyelesaian-kasus-sengketa-simpanan-h.html>

Fakta hukum terkait putusan ini berangkat dari putusan *high court* sebelumnya. Tetapi, dalam hal ini Pertamina yang mengajukan gugatan atas beberapa deposit Tahir. Isunya berangkat dari putusan sebelumnya yang menyatakan Pertamina tidak memiliki hak untuk mengklaim deposit yang dimaksud. Para hakim menemukan bahwa Pertamina telah gagal untuk membuktikan. Oleh karena itu, timbulah setidaknya 4 (empat) isu yaitu 1) apakah harus ada klaim kepemilikan; 2) apakah deposito adalah hasil suap; 3) hukum manakah yang mengatur (*the governing law*); dan 4) apakah klaim Pertamina merupakan hal terkait kepemilikan.

Dengan melihat uraian serta khususnya berkaitan dengan fakta hukum yang ada, ternyata akhirnya hakim memutuskan hukum (*lex causae*) yang digunakan ketika tidak adanya pilihan hukum (*choice of law*). Pada kasus tersebut adalah hukum Singapura. Pada akhirnya dapat dilihat dalam putusan yang mana mencantumkan penggunaan sumber hukum doktrin. Dalam putusan tersebut hakim secara jelas menggunakan doktrin sebagai sumber HPI dalam menentukan *lex causae*. Rule 201 dalam hal ini sebetulnya bukan merupakan suatu kaedah peraturan (jika yang dimaksudkan seperti undang-undang), namun merupakan doktrin yang dimunculkan Dicey & Morris *on the Conflict of Laws* (12<sup>th</sup> Ed. 1993). Dalam Rule 201 mengandung unsur titik taut di mana penentuan *lex causae* bisa dilihat dari berbagai kategori, yaitu, bahwa hukum yang pantas diberlakukan adalah hukum yang tepat dari

kontrak ketika kewajiban timbul sehubungan dengan kontrak; berdasarkan objek seperti jika transaksi mengenai sebuah benda tak bergerak (misalnya: tanah); kemudian, bahwa kewajiban muncul dalam keadaan lain (*in any other circumstances*), hukum yang tepat adalah hukum negara di mana pengayaan diri itu terjadi.<sup>25</sup>

Berdasarkan ulasan-ulasan demikian, sebagaimana juga telah disinggung sebelumnya, maka Penulis mengambil isu hukum mengenai penggunaan doktrin sebagai sumber hukum yang digunakan hakim untuk memutus. Dengan demikian, *thesis statement* Penulis adalah doktrin sebagai sumber hukum untuk digunakan hakim dalam memutus adalah sah menurut hukum.

## **B. Rumusan Masalah**

Dari pemaparan di atas yang mana penggunaan doktrin sebagai sumber hukum, maka Penulis merumuskan permasalahan mengenai hal tersebut sebagai berikut:

---

<sup>25</sup> Jacques C. Lumenta, *Penentuan Lex Causae dalam kasus Kartika Ratna Thahir melawan PT Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*, Suit No: CA 204/1992 (skripsi), FH UKSW, 2014, Salatiga, h.12.

Kata “tindakan memperkaya” pada penelitian sebelumnya (skripsi) diubah menjadi “pengayaan” namun tetap mengandung makna yang sama.

- ✓ Mengapa penggunaan doktrin sebagai sumber hukum untuk digunakan hakim dalam memutus adalah sah menurut hukum?

### **C. Tujuan Penelitian**

Penelitian ini bertujuan menjelaskan sifat otoritatif doktrin sebagai sumber hukum, terutama sebagai sumber hukum bagi pengadilan. Dalam posisi demikian, penggunaan doktrin sebagai sumber hukum oleh hakim dalam memutus perkara dapat dibenarkan secara hukum.

Dalam kaitan dengan tujuan umum tersebut maka Penulis mem-*breakdown*-nya menjadi tujuan-tujuan lebih spesifik sebagai berikut:

1. Makna doktrin sebagai sumber hukum.
2. Penggunaan doktrin sebagai sumber hukum oleh pengadilan.
3. Kekuatan mengikat doktrin sebagai sumber hukum.

### **D. Manfaat Penelitian**

1. Teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan penelitian untuk pengembangan studi ilmu hukum terutama dalam ranah teori hukum, bahkan secara khusus dalam menetapkan kaedah sehubungan dengan penggunaan doktrin sebagai sumber hukum.

## 2. Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat sebagai bahan masukan bagi kalangan akademisi maupun praktisi, kaitannya dengan teori hukum dalam penggunaan sumber hukum.

### E. Kerangka Teoritis

Suatu kerangka teoritis dalam penelitian ini dipandang begitu penting bagi Penulis. Mengingat teori hukum memiliki arasnya sendiri ketika disandingkan dengan ilmu hukum. Pentingnya teori hukum sangat perlu untuk disadari. Sehubungan dengan posisi teori hukum yang aras berpikirnya di atas dogmatika hukum/ ilmu hukum (yang objeknya hukum positif), kajian mengenai teori hukum bersifat *meta-dogmatika*. Artinya, bahwa sebenarnya dalam mengkaji teori hukum itu membutuhkan kajian dari ilmu-ilmu lain sehingga disebut ilmu yang bersifat interdisipliner. Berbeda dengan dogmatika hukum yang bagaimana *to understand*, *to describe*, dan *to systematize*, teori hukum berusaha untuk menjelaskan (*to explain*). Jadi, teori hukum adalah cabang ilmu hukum yang membahas atau menganalisis--tidak sekedar menjelaskan atau menjawab pertanyaan atau permasalahan--secara kritis ilmu hukum maupun hukum positif dengan menggunakan metode interdisipliner. Tak sekedar menggunakan metode sintesis saja. Dikatakan secara kritis karena pertanyaan-pertanyaan atau permasalahan



teori hukum tidak cukup dijawab secara “otomatis” oleh hukum positif karena memerlukan argumentasi atau penalaran. Berbeda dengan dogmatik hukum yang jawaban pertanyaan atau permasalahannya sudah ada di dalam hukum positif.<sup>26</sup> Dalam bukunya, Friedmann mengatakan bahwa semua teori hukum harus lebih bersifat teoritis/ abstrak daripada dogmatik hukum (ilmu hukum).<sup>27</sup>

Teori yang secara umum menjadi kacamata Penulis dalam melihat isu hukum ialah Teori Hukum Alam. Teori ini menjadi menarik untuk digunakan sebab menurut Teori Hukum Alam isi dari hukum adalah moral, yang mana Hart dalam melihat isi minimum dari hukum alam adalah *care of good sense* (perasaan yang baik). Ia berpendapat Hukum Alam bisa diketemukan melalui akal dan hubungannya dengan hukum manusia dan moralitas. Berkaitan dengan hukum alam (*Natural Law*) hubungannya dengan moral dikonsepsikan juga sebagai berikut:

*“Natural law moral philosophy thus sought principles and precepts for morality, law, and other forms of social authority, whose prescriptive force was not dependent for validity on human decision, social influence, past tradition, or cultural convention, but through natural reason itself. As Thomas Aquinas notes, the natural law is a function of*

---

<sup>26</sup> Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum* edisi revisi, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2012, h. 187.

<sup>27</sup> Friedman, *Legal Theory*, Columbia University Press, 1970.

*reason, "... promulgated by the very fact that God instilled it into man's mind so as to be known by him naturally" (ST I-II, Q90, A4)".<sup>28</sup>*

Pembahasan tentang sifat daripada hukum, sebagian menyebut "hukum dari alam" (*"the law of nature"*). Berdasarkan ideologi tertentu, berbagai nama dipergunakan untuk subjek yang sama, seperti hukum alam semesta (*the law of the universe*), hukum Tuhan (*the law of God*)<sup>29</sup>, hukum yang kekal/abadi (*the eternal law*), hukum dari umat manusia (*the law of mankind*) dan hukum dari akal (*the eternal of reason*).

Klaim yang pokok terhadap "hukum dari alam" (*"the law of nature"*) ialah apa yang sifatnya alamiah, yang seharusnya terjadi. Hukum dari alam (*"the law of nature"*) seharusnya menjadi hukum yang mengatur untuk semua benda, termasuk manusia dan hubungan-hubungan manusia. Menurut teori ini, bahwa hukum atau seperangkat hukum menguasai atau mengatur semua hal, apakah itu grafitasi, gerakan, fisik, dan reaksi kimia, insting binatang atau tindakan manusia. Boleh dikatakan tindakan kita yang tertentu dan reaksinya ditentukan oleh hukum dari alam (*the law of nature*) dan segala yang terjadi berlawanan adalah berlawanan dengan alam. Jika sebuah

---

<sup>28</sup> Mark J. Cherry, "*Natural Law and the Possibility of Global Ethics: An Introduction to a Culture in Crisis*," dalam Mark J. Cherry, ed., *Natural Law and the Possibility of Global Ethics*, Kluwer Academic Publishers, New York, 2004, h. xii.

<sup>29</sup> Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum, Perspektif Historis* (diterjemahkan dari Buku Carl Joachim Friederich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, The University of Chicago Press, 1969), Nusa Media, Bandung, 2010, h.10. ,Bab II. Hukum sebagai Kehendak Tuhan, Warisan Perjanjian Lama. Terlihat di situ bahwa Yudaisme kuno berperan sangat besar dalam membentuk asal muasal konsep hukum Barat.

batu dijatuhkan dalam keadaan gravitasi normal, ia akan menentang hukum gravitasi jika terangkat ke udara. Menurut hukum gravitasi, batu itu akan jatuh ke bawah, namun demikian batu itu tidak mempunyai akal dan tidak memiliki kapasitas untuk memilih apa yang ia inginkan. Sebaliknya, manusia memiliki kemampuan dalam berbagai kombinasi. Tidak seperti batu, manusia tidak terikat dengan sendirinya, secara psikologis atau spiritual untuk mengikuti hukum yang seharusnya ditaatinya dalam hubungan sesama mereka. “Seharusnya” (“*ought*”) dapat dipakai dalam hubungan dengan batu dalam pernyataan seperti: “batu itu seharusnya jatuh (*ought to fall*) ke bawah bila kita melepaskannya”.

Teori Hukum Alam (*Natural Law*) menyatakan bahwa ada hukum dari alam (*the law of nature*) yang menurut ajaran dan prinsip-prinsip terhadap semua hal, termasuk manusia sendiri, juga berlaku. Premis pertama dari doktrin Hukum Alam (*Natural Law*) adalah apa yang diketemukan oleh Hukum Alam (*Natural Law*), seharusnya diikuti. Masalah pertama adalah bagaimana menemukan apa yang diketemukan oleh Hukum Alam. Hukum Alam (*Natural Law*) memberikan tempat utama kepada moralitas. Peranan yang dimainkan oleh moral dalam memformulasikan teori mengenai hukum dari alam (*the law of nature*) kadang-kadang dinyatakan secara tegas, tetapi lebih banyak dinyatakan secara diam-diam. Moralitas digunakan dalam berbagai peranan. Kadang-kadang dikarakterisasikan sebagai produk dari isi

Hukum Alam (*Natural Law*). Kadang-kadang diberikan peranan ganda, tidak hanya sebagai produk tetapi juga sebagai pembenaran, petunjuk kata hati/hati nurani. Dengan perkataan lain apa yang seharusnya berlaku mengikuti apa yang seharusnya secara moral berlaku.

Hukum tidak semata-mata merupakan suatu peraturan tentang tindakan-tindakan, hukum itu berisi nilai-nilai, hukum itu adalah indikasi, apakah yang baik dan yang buruk. Selanjutnya yang baik dan yang buruk itu adalah syarat-syarat dari kewajiban hukum. Hukum tidak semata-mata merupakan perintah tetapi juga seperangkat nilai-nilai tertentu.

*Natural Law* percaya kepada nilai-nilai yang absolut dan hukum adalah alat untuk mencapai nilai-nilai tersebut. Thomas Aquinas mengatakan Hukum Alam (*Natural Law*) itu adalah mengerjakan yang baik dan menghindarkan yang buruk. Moral menaruh perhatian pada kebaikan atau keburukan dari suatu sifat atau watak, atau pada perbedaan antara benar dan salah yang berkaitan dengan tingkah laku manusia.<sup>30</sup> Grotius menyatakan bahwa hukum dari alam (*the law of nature*) menunjukkan alasan-alasan yang baik dan tindakan-tindakan di dalamnya memiliki kualitas moral. Adalah jelas, dari sudut praktis, untuk menetapkan kebutuhan yang rasional adanya ketertiban hukum dalam setiap masyarakat. Salah satu contoh adalah “*Rule*

---

<sup>30</sup> H. M. Agus Santoso, *Hukum, Moral, dan Keadilan: Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Edisi Pertama, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012, h.88.

*of Law*”. Pendapat modern mengenai hal ini diberikan oleh L.L. Fuller yang dikuatkan oleh Finnis dan Joseph Raz. Mereka mengatakan bahwa hukum itu adalah aturan-aturan yang umum dan jelas yang masuk akal, yang harus dipublikasikan kepada pihak-pihak yang dikehendakinya dan memiliki akibat yang perspektif. Aturan-aturan itu harus tetap masuk akal dan konsisten dari waktu-kewaktu, berisi standar yang mungkin dilaksanakan.<sup>31</sup>

Jika Hukum Alam (*Natural Law*) ingin memiliki relevansi hukum, maka harus berisi prinsip-prinsip petunjuk di mana manusia akan menggunakannya untuk mengatur diri mereka sendiri dan orang lain. Variasi yang luas mengenai standar keadilan dan moralitas dapat ditinjau pada waktu yang berbeda, di antara orang-orang yang berlainan dan bahkan diantara individu yang berlainan, mungkin akan menghasilkan satu standar petunjuk yang menonjol tetapi variasi-variasi tersebut juga mengindikasikan sulitnya menentukan apa yang dimaksud dengan prinsip-prinsip alamiah itu. Hukum hanya dapat dilihat dari pedoman-pedoman yang ditawarkan pada penerapan prinsip-prinsip tersebut terhadap kasus-kasus tertentu.

Mengingat teori *Natural Law* itu yang di dalamnya membahas mengenai moral dalam hukum memang sangat relevan digunakan dalam

---

<sup>31</sup> <http://sofyanrambe.blogspot.com/2013/01/natural-law-theory-teori-hukum-alam.html>. Tulisan mengenai Hukum Alam disadur dari John Finch, *Introduction to Legal Theory* (London : Sweet & Axwell, 1974), h. 17-37.

tulisan ini. Lihat saja seperti yang diungkapkan Peczenik mengenai formulasi mengenai hukum dan pertimbangan moral yang berpengaruh terhadap penafsiran hukum dan pertimbangan hukum pada umumnya.

*“Both the wording of the law and moral value judgments affect legal interpretation and legal reasoning in general. It is thus natural that any juristic text, e.g., a justification of a decision, an opinion supporting a legislative draft, or a scholarly work, contain not only law-describing propositions but also law-expressing norm- and value-statements.”*<sup>32</sup>

## F. Metode Penelitian

Metode penelitian dalam tulisan ini adalah metodologi penelitian hukum. Hakekat dari penelitian hukum sejatinya adalah bagaimana menemukan *legal materials* sebagai rujukan preskriptif dalam rangka *legal problems solving*.<sup>33</sup> Di dalam *legal materials* (bahan hukum) berisi norma atau kaidah atau asas hukum sebagai pedoman. Dilihat dari kekuatan mengikatnya *legal materials* diklasifikasikan menjadi *primary authority* (bahan hukum primer) dan *secondary authority* (bahan hukum sekunder).<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Springer, Lund University, Sweden, 2008, h.33.

<sup>33</sup> Titon Slamet Kurnia, *et al*, *Pendidikan Hukum, Ilmu Hukum & Penelitian Hukum Sebuah Reorientasi*, Op.Cit, h.126. Lihat pula kutipan bahwa “*The purpose of legal research is to find authority that will aid in finding a solution to a legal problem*”. Ditekankan pada “*authority*” atau *legal materials* sebagai rujukan preskriptif.

<sup>34</sup> *Ibid*, h.127. Istilah Morris L. Cohen dalam bukunya *Legal Research*, West Publishing Co, Minnesota USA, 1985, h. 3-5, adalah *Primary Sources* dan *Secondary Materials*. Dijelaskan juga oleh Cohen selain *legal materials* tersebut ialah mengenai instrumen untuk memperoleh atau menemukan bahan hukum yaitu *finding tools*.



Ada pula pandangan lain tentang sejatinya penelitian hukum yakni oleh MacEllven sebagaimana dikutip Titon, *et al*, yang pada intinya telah mengaitkan masalah hukum—nantinya diolah dalam *legal problems solving*—dengan isu tentang yurisdiksi, fakta dan konsep hukumnya. Pada akhirnya, pengertian dari penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.<sup>35</sup>

Pada penelitian ini Penulis akan membangun suatu konstruksi pemikiran mengenai isu hukum dengan menggunakan 1 (satu) jenis pendekatan, yaitu pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan konseptual beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dengan memahami pandangan-pandangan maupun doktrin-doktrin tersebut, Penulis akan membangun argumentasi hukum dalam memecahkan isu yang dihadapi.<sup>36</sup>

Sebagai penelitian hukum yang arasnya adalah penelitian teori hukum maka penelitian ini akan memanfaatkan sebanyak-banyaknya bahan hukum sekunder berupa buku-buku terkait, jurnal, artikel dan sumber lain yang relevan dengan isu hukum penelitian. Pendapat atau pandangan dari para

---

<sup>35</sup> *Ibid*, h.129. Pengertian penelitian hukum mengacu pada pandangan Peter Mahmud Marzuki.

<sup>36</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi. Op.Cit*, h.136.



sarjana tersebut yang kemudian akan dikonstruksikan menjadi argumen dari penelitian ini untuk menjustifikasi *thesis statement* yang telah dikemukakan di depan.

